

DISSENTING OPINION OF JUDGE BUERGENTHAL

Inadmissibility of Germany's third submission — Late filing of request for provisional measures unjustified — Denial of hearing due to Germany's negligence — Holding third submission admissible incompatible with procedural fairness and sound administration of justice — Court's admissibility decision not properly motivated — Order requested by Germany identical to Breard Order — German knowledge that Breard Order deemed non-binding by United States — German litigation strategy — Procedural misconduct prejudicial to United States.

1. Since I find myself in disagreement with the Court's ruling that Germany's third submission is admissible, I regret that I must dissent from that part of the Court's Judgment.

2. In the submission, which I consider to be inadmissible, Germany requests the Court to adjudge and declare:

“that the United States, by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the International Court of Justice on the matter, violated its international obligation to comply with the Order on provisional measures issued by the Court on 3 March 1999, and to refrain from any action which might interfere with the subject matter of a dispute while judicial proceedings are pending”.

3. Germany filed its Application in this case, together with its request for provisional measures, at 7.30 p.m. The Hague time on 2 March 1999, some 27 hours before the scheduled execution of Walter LaGrand. On 3 March 1999, at 9.00 a.m. The Hague time, the Vice-President of the Court¹ met with the representatives of Germany and the United States to discuss the subsequent course of the proceedings. At this meeting Germany's representative asked the Court to indicate the requested provisional measures *proprio motu* pursuant to Article 75 of the Rules of Court and without holding any hearing on the subject. Responding to this request, the representative of the United States explained, *inter alia*:

“that the United States would have strong objections to any procedure such as that proposed only that very morning by the repre-

¹ The President of the Court, Judge S. Schwebel of the United States, relinquished the presidency in this case pursuant to Article 32 of the Rules of Court.

OPINION DISSIDENTE DE M. BUERGENTHAL

[Traduction]

Irrecevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne — Le dépôt tardif de la demande en indication de mesures conservatoires n'est pas justifié — Défaut d'audiences dû à la négligence de l'Allemagne — Déclarer la troisième conclusion recevable est contraire à l'équité procédurale et à la bonne administration de la justice — La décision de la Cour en faveur de la recevabilité est insuffisamment motivée — L'ordonnance demandée par l'Allemagne identique à celle rendue dans l'affaire Breard — L'Allemagne savait que les Etats-Unis ne reconnaissent pas de force obligatoire à l'ordonnance Breard — Stratégie contentieuse de l'Allemagne — Une faute procédurale préjudiciable aux Etats-Unis.

1. Me trouvant en désaccord avec la Cour lorsqu'elle déclare recevable la troisième conclusion de l'Allemagne, je regrette de ne pouvoir m'associer à cette partie de l'arrêt de la Cour.

2. Dans cette conclusion, à mon sens irrecevable, l'Allemagne prie la Cour de dire et juger

«que, en ne prenant pas toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la Cour internationale de Justice n'aurait pas rendu sa décision définitive en l'affaire, les Etats-Unis ont violé leur obligation juridique internationale de se conformer à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 3 mars 1999 et de s'abstenir de tout acte pouvant interférer avec l'objet d'un différend tant que l'instance est en cours».

3. L'Allemagne a déposé sa requête introductive d'instance, assortie d'une demande en indication de mesures conservatoires, le 2 mars 1999 à 19 h 30 (heure de La Haye), soit environ vingt-sept heures avant l'heure prévue pour l'exécution de Walter LaGrand. Le 3 mars 1999, à 9 heures (heure de La Haye), le vice-président de la Cour¹ a reçu les représentants des Parties pour discuter de la suite de la procédure. Lors de cette réunion, le représentant de l'Allemagne a prié la Cour d'indiquer d'office les mesures conservatoires demandées conformément à l'article 75 de son Règlement et sans que soit tenue la moindre audience à ce sujet. En réponse à cette demande, le représentant des Etats-Unis a notamment indiqué

«que les Etats-Unis auraient de fortes objections contre toute procédure, telle que celle évoquée seulement le matin même par le repré-

¹ Le président de la Cour, M. Schwebel, étant de nationalité américaine, avait renoncé à la présidence dans cette affaire conformément à l'article 32 du Règlement de la Cour.

sentative of Germany which would result in the Court making an Order *proprio motu* without having first duly heard the two Parties”².

4. Article 74, paragraph 1, of the Rules of Court specifies that “[a] request for the indication of provisional measures shall have priority over all other cases”, and paragraph 3 of that Article provides in part that “[t]he Court, or the President if the Court is not sitting, shall fix a date for a hearing which will afford the parties an opportunity of being represented at it”.

Under Article 75, paragraph 1, of the Rules:

“The Court may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties.”

5. On 3 March 1999, at 7.15 p.m. The Hague time, the Court issued the Order for provisional measures requested by Germany. It did so without the prior hearing provided for in Article 74, paragraph 3, of the Rules, without an exchange of pleadings, and having before it only Germany’s Application and request for provisional measures, which set out Germany’s allegations in justification of its request.

6. In issuing the requested Order, the Court explained its decision to proceed in this *ex parte* fashion in the following terms:

“Whereas, the sound administration of justice requires that a request for the indication of provisional measures founded on Article 73³ of the Rules of Court be submitted in good time;

Whereas, Germany emphasizes that it did not become fully aware of the facts of the case until 24 February 1999 and that since then it has pursued its action at diplomatic level;

Whereas, under Article 75, paragraph 1, of the Rules of Court, the latter ‘may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties’; whereas a provision of this kind has substantially

² *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 13, para. 12.

³ Article 73 of the Rules of Court, which Germany had also invoked, reads as follows:

“1. A written request for the indication of provisional measures may be made by a party at any time during the course of the proceedings in the case in connection with which the request is made.

2. The request shall specify the reasons therefor, the possible consequences if it is not granted, and the measures requested. A certified copy shall forthwith be transmitted by the Registrar to the other party.”

sentant de l'Allemagne, qui conduirait la Cour à rendre une ordonnance d'office sans avoir dûment entendu les deux Parties au préalable»².

4. Au paragraphe 1 de l'article 74, le Règlement de la Cour précise que «[l]a demande en indication de mesures conservatoires a priorité sur toutes autres affaires» et, au paragraphe 3, le même article dispose en partie que «[l]a Cour ou, si elle ne siège pas, le président fixe la date de la procédure orale de manière à donner aux parties la possibilité de s'y faire représenter».

En vertu du paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement,

«La Cour peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter.»

5. Le 3 mars 1999, à 19 h 15 (heure de La Haye), la Cour a rendu l'ordonnance en indication de mesures conservatoires demandée par l'Allemagne et ce, sans qu'ait eu lieu la procédure orale préalable prévue au paragraphe 3 de l'article 74 du Règlement, sans que des pièces écrites aient été échangées, et alors que la Cour disposait uniquement de la requête et de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Allemagne où celle-ci avait exposé les allégations qu'elle formulait à l'appui de sa demande.

6. En rendant l'ordonnance sollicitée, la Cour a motivé de la manière suivante sa décision d'agir sans que le défendeur ait pu être entendu :

«Considérant qu'une bonne administration de la justice exige qu'une demande en indication de mesures conservatoires fondée sur l'article 73³ du Règlement de la Cour soit présentée en temps utile;

Considérant que l'Allemagne a souligné qu'elle n'a eu pleinement connaissance des faits de l'espèce que le 24 février 1999 et qu'elle a depuis lors poursuivi ses démarches diplomatiques;

Considérant que, aux termes du paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement de la Cour, celle-ci «peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter»; qu'une telle disposition figure en substance

² *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 13, par. 12.*

³ L'article 73 du Règlement de la Cour, que l'Allemagne a également invoqué, est libellé comme suit :

«1. Une partie peut présenter une demande en indication de mesures conservatoires par écrit à tout moment de la procédure engagée en l'affaire au sujet de laquelle la demande est introduite.

2. La demande indique les motifs sur lesquels elle se fonde, les conséquences éventuelles de son rejet et les mesures sollicitées. Copie certifiée conforme de la demande est immédiatement transmise par le greffier à la partie adverse.»

featured in the Rules of Court since 1936, and whereas, if the Court has not, to date, made use of the power conferred upon it by this provision, the latter appears nonetheless to be clearly established; whereas the Court may make use of this power, irrespective of whether or not it has been seised by the parties of a request for the indication of provisional measures; whereas in such a case it may, in the event of extreme urgency, proceed without holding oral hearings; and whereas it is for the Court to decide in each case if, in the light of the particular circumstances of the case, it should make use of the said power”⁴.

7. The Court issued its Order only four hours before the scheduled execution of Walter LaGrand, which was to take place in the State of Arizona. The United States authorities were thus left with very little time to assess and act upon the Order with the deliberateness its gravity required under American law and constitutional practice applicable to federal-state relations as well as under international law. It is to be observed, however, that the Court was presented by Germany with claims regarding a set of facts that called for immediate action to save the life of a human being who had allegedly been deprived of his rights under international law. In light of these circumstances, it is difficult to fault the Court for issuing the Order in the manner it did. But there is no excuse for Germany’s conduct in waiting until the last minute to seek the Order. This is so particularly since it is now clear that the grounds Germany alleged in justification of its late filing do not withstand scrutiny. The late filing, as will be shown below, had serious negative consequences for the position of the United States in defending its rights before this Court. In my opinion, these circumstances now require the Court to hold the third submission inadmissible.

8. Germany sought to excuse its last minute request for provisional measures on the ground that it did not know until 23 or 24 February 1999 that the authorities of the State of Arizona had been aware at least as far back as 1982 or 1984 that the LaGrand brothers were German nationals. In issuing its Order, the Court attached considerable importance to this claim. This is readily apparent from the specific reference the Court makes to Germany’s claim in setting out the reasons motivating its decision and from the context within which the reference appears in its Order (see paragraph 6, above).

9. Even assuming that Germany’s late filing could be justified on the ground advanced by it — something that is open to some doubt — the record now before the Court indicates that the information Germany

⁴ *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 14, paras. 19-21.

dans le Règlement depuis 1936 et que, si la Cour n'a pas, à ce jour, fait usage du pouvoir que cette disposition lui confère, celui-ci n'en apparaît pas moins bien établi; que la Cour peut user de ce pouvoir qu'elle ait ou non été saisie par les parties d'une demande en indication de mesures conservatoires; que, en pareille hypothèse, elle peut, en cas d'extrême urgence, procéder sans tenir d'audience; et considérant qu'il appartient à la Cour de décider dans chaque cas si, au vu des particularités de l'espèce, elle doit faire usage dudit pouvoir»⁴.

7. La Cour a rendu son ordonnance quatre heures seulement avant l'heure prévue pour l'exécution de Walter LaGrand, qui devait avoir lieu dans l'Etat de l'Arizona. Les autorités des Etats-Unis ne disposaient donc que de très peu de temps pour examiner l'ordonnance et y donner suite avec, compte tenu de sa gravité, la pondération requise tant en vertu du droit américain et de la pratique constitutionnelle régissant les relations entre la fédération et les Etats fédérés qu'en vertu du droit international. Il faut toutefois noter que l'Allemagne a présenté à la Cour des demandes portant sur un ensemble d'éléments de fait qui imposaient d'agir immédiatement pour sauver la vie d'un être humain, lequel aurait été privé des droits que lui reconnaissait le droit international. Vu ces circonstances, on peut difficilement reprocher à la Cour d'avoir rendu l'ordonnance selon les modalités adoptées. En revanche, rien ne justifie de la part de l'Allemagne d'avoir attendu la dernière minute pour demander l'ordonnance. Cela est d'autant plus vrai que — on le voit bien aujourd'hui — les raisons invoquées par l'Allemagne pour justifier le dépôt tardif de sa demande ne résistent pas à l'analyse. Comme il sera démontré plus loin, ce dépôt tardif a gravement lésé les Etats-Unis dans la défense de leurs droits devant la Cour. A mon sens, ces circonstances doivent amener aujourd'hui la Cour à déclarer la troisième conclusion irrecevable.

8. L'Allemagne a tenté de justifier le dépôt à la dernière minute de sa demande en indication de mesures conservatoires en prétendant que, jusqu'au 23 ou 24 février 1999, elle ignorait que les autorités de l'Etat de l'Arizona savaient, au moins dès 1982 ou 1984, que les frères LaGrand étaient des ressortissants allemands. Dans l'ordonnance qu'elle a rendue, la Cour a donné à cet argument un poids considérable. C'est ce qui ressort immédiatement de la façon dont elle évoque avec précision la demande de l'Allemagne dans l'exposé des motifs de sa décision et ressort aussi du contexte dans lequel la référence figure dans son ordonnance (voir, plus haut, le paragraphe 6).

9. A supposer même que les motifs invoqués par l'Allemagne puissent justifier le dépôt tardif de sa requête — ce qui est contestable —, il ressort du dossier dont la Cour dispose aujourd'hui que l'Allemagne avait bel et

⁴ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 13, par. 19-21.*

claimed it did not have was in fact available to Germany at least since 1993.

10. Germany learned in 1992 that the LaGrands had been arrested in 1982 and that they had been tried and convicted in Arizona in 1984. According to Germany, its involvement in this case begins with a prison visit to the brothers on 8 December 1992. It explained this involvement to the Court in the following words:

“In the following [after December 1992], Germany helped the brothers’ attorneys to investigate the brothers’ childhood in Germany, both by financial and logistical support, and to raise this issue and the *omission of consular advice in Court proceedings*.”⁵ (Emphasis added.)

Among the court proceedings instituted by the LaGrands’ lawyers in coordination with German consular officials was an appeal to the United States District Court for the District of Arizona, filed on 8 March 1993. “In these proceedings”, according to Germany, “the attorneys raised for the first time the lack of consular advice and the violation of Art. 36 of the Vienna Convention on Consular Relations.”⁶ In support of their claim, the attorneys provided the United States District Court on the same date with the presentence reports prepared in 1984 by the probation officials of Pima County, Arizona, in connection with the sentencing of the LaGrand brothers⁷. Each of these presentence reports stated very clearly that the LaGrands were German citizens⁸. The reports had been provided to the defence attorneys of the LaGrands a decade before and they formally acknowledged receipt of these reports in open court on 12 December 1984⁹.

11. In other words, the information contained in the presentence reports, including the fact that the Arizona authorities knew as far back as the early 1980s that the LaGrands were German nationals, was known to the attorneys of the LaGrands by 1984, if not earlier. These attorneys filed the presentence reports with the United States District Court for Arizona in March 1993 in connection with their *habeas corpus* motion on behalf of the LaGrands. As of that date, these reports were available to Germany which, as we have seen, emphasized to this Court that it “helped the brothers’ attorneys . . . to raise . . . the omission of consular advice” and “the violation of Art. 36 of the Vienna Convention on Con-

⁵ Memorial of Germany, Vol. I, p. 11, para. 2.06.

⁶ *Ibid.*, p. 12, para. 2.07.

⁷ See Memorial of Germany, Vol. III, Ann. 46, p. 853, at p. 1009.

⁸ See Presentence Reports on Karl and Walter LaGrand, dated 2 April 1984, Memorial of Germany, Vol. II, Ann. 2, pp. 261 and 276.

⁹ See Memorial of Germany, Vol. II, Ann. 8, pp. 461-462.

bien à sa disposition, depuis 1993 au moins, les éléments d'information qu'elle a prétendu ne pas avoir.

10. L'Allemagne a appris en 1992 que les LaGrand avaient été arrêtés en 1982 puis jugés et condamnés en 1984. Selon elle, c'est par une visite aux frères LaGrand, le 8 décembre 1992, qu'elle a commencé à intervenir dans la présente affaire. Elle décrit à la Cour son action dans les termes suivants :

«Par la suite, l'Allemagne a aidé, à la fois sur le plan financier et logistique, les avocats des intéressés à enquêter sur leur enfance en Allemagne, et à soulever la question de l'*omission du défaut d'assistance consulaire au cours de la procédure judiciaire.*»⁵ (Les italiques sont de moi.)

Les actions judiciaires intentées par les avocats des LaGrand, en coordination avec les fonctionnaires consulaires allemands, ont notamment consisté à engager le 8 mars 1993 une procédure d'appel devant le tribunal fédéral de première instance pour le district de l'Arizona. D'après l'Allemagne, c'est «lors de cette procédure» que «les avocats ont invoqué pour la première fois le défaut d'assistance consulaire et la violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires»⁶. A l'appui de leur thèse, les avocats ont produit le même jour devant le tribunal fédéral de première instance les rapports présenticiels établis en 1984 par les agents de mise à l'épreuve du comté de Pima, en Arizona, dans le cadre de la détermination de la peine des frères LaGrand⁷. Il était très clairement précisé dans chacun de ces rapports que les LaGrand étaient des citoyens allemands⁸. Ces rapports avaient été communiqués une décennie auparavant aux avocats de la défense qui en avaient formellement accusé réception en audience publique le 12 décembre 1984⁹.

11. Autrement dit, les avocats des LaGrand avaient à leur disposition dès 1984, sinon avant, les éléments d'information contenus dans les rapports présenticiels, notamment le fait que les autorités de l'Arizona savaient dès le début des années quatre-vingt que les LaGrand étaient des ressortissants allemands. Ces avocats ont produit les rapports présenticiels devant le tribunal fédéral de première instance de l'Arizona, en mars 1993, dans le cadre de leur recours en *habeas corpus* pour le compte des LaGrand. Dès lors, ces rapports étaient à la disposition de l'Allemagne qui, comme nous l'avons vu, a fait valoir devant la Cour qu'elle avait «aidé ... les avocats des intéressés à soulever ... la question du défaut

⁵ Mémoire de l'Allemagne, vol. I, p. 11, par. 2.06.

⁶ *Ibid.*, p. 12, par. 2.07.

⁷ Voir mémoire de l'Allemagne, vol. III, annexe 46, p. 1009.

⁸ Voir rapports présenticiels du 2 avril 1984 concernant Karl et Walter LaGrand, mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 2, p. 261 et 276.

⁹ Voir mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 8, p. 461-462.

sular Relations” in the proceedings they instituted in 1993 (see paragraph 10 above).

12. The foregoing facts raise serious doubts about the legitimacy of Germany’s contention in this Court that the late filing (on 2 March 1999) of its request for provisional measures was attributable to the fact that it discovered only on 23 February 1999 that the Arizona authorities knew as far back as 1984 that the LaGrands were German nationals. Even assuming that Germany did not actually know these facts, it certainly had no excuse for not knowing them, given its insistent claim in this Court of its close involvement in the LaGrand case after 1992 and its collaboration with the LaGrands’ attorneys after that date, particularly in assisting them in raising issues relating to the Vienna Convention.

13. In its oral argument, Germany responded in the following terms to the contention of the United States that the 1984 presentence reports provided the answer to the question concerning the date when the Arizona authorities learned that the LaGrands were German citizens:

“the only question that makes sense at all in this context is whether German officials did or did not have easy access to the Presentence Reports in 1992 or thereafter. Although we do not attribute any conclusive weight to this issue, we can provide you with a clear answer. We have filed with the Court a Memorandum regarding the Presentence Reports issue in the LaGrand matter, drafted by the Federal Public Defender for the District of Arizona at the request of the German Consulate General in Los Angeles. Let me summarize what this Memorandum says: According to a local rule of the Pima County Superior Court, the Presentence Reports concerning Karl and Walter LaGrand were filed under seal and kept confidential even after sentencing. When the Federal Public Defender tried to locate this report in June of this year [2000], they could not be found. In the words of the Public Defender:

‘The exhibits clerk at the superior court advised that the clerk did not have pre-sentence reports information on either LaGrand, and they had no idea where the pre-sentence reports were filed. It appears that the pre-sentence reports are not even in the superior court file.’

Mr. President, if not even the competent US authority managed to retrieve the reports, does it make sense to say, as the Counter-Memorial [of the United States] does, that it is ‘hard to understand how these reports were not already familiar to German consular officers’? Can one really accuse a foreign consulate of negligence

d'assistance consulaire» et «la violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires» dans le cadre des actions intentées en 1993 (voir, plus haut, le paragraphe 10).

12. Ces éléments font sérieusement douter du bien-fondé de la thèse exposée devant la Cour par l'Allemagne, qui a justifié le dépôt tardif de sa demande en indication de mesures conservatoires (le 2 mars 1999) en expliquant qu'elle n'avait découvert que le 23 février 1999 seulement que les autorités de l'Arizona étaient dès 1984 au courant de la nationalité allemande des LaGrand. A supposer même que l'Allemagne ne fût pas au courant de ces éléments de fait, rien ne vient justifier son ignorance puisqu'elle soutient fermement être activement intervenue dans l'affaire LaGrand et avoir collaboré avec les avocats des LaGrand après 1992, en particulier en les aidant à soulever les questions liées à la convention de Vienne.

13. Dans ses exposés oraux, l'Allemagne a répondu de la manière suivante à l'argument des Etats-Unis selon lequel les rapports présenticiels de 1984 permettaient de savoir à quelle date les autorités de l'Arizona avaient appris que les LaGrand étaient des ressortissants allemands :

«la seule question qui se pose raisonnablement dans ce contexte est celle de savoir si des fonctionnaires allemands ont eu accès facilement ou non aux rapports présenticiels en 1992 ou par la suite. Sans attribuer d'importance déterminante à ce point, nous pouvons vous donner une réponse claire. Nous avons déposé devant la Cour un mémorandum relatif à la question des rapports présenticiels en l'affaire *LaGrand*, rédigé par le *Federal Public Defender* du district de l'Arizona à la demande du consulat général d'Allemagne à Los Angeles. Permettez-moi de résumer la teneur de ce mémorandum : conformément à un règlement local de la cour supérieure du comté de Pima, les rapports présenticiels concernant Karl et Walter LaGrand ont été conservés sous scellés et demeurent confidentiels même après la condamnation. Lorsque le *Federal Public Defender* a tenté de retrouver ces rapports en juin de cette année [1992], ceux-ci sont restés introuvables. Comme l'écrit le *Public Defender* :

«L'employé du greffe de la cour supérieure chargé de la conservation des pièces produites aux fins de l'administration de la preuve a indiqué qu'il n'avait pas d'informations sur les rapports présenticiels concernant l'un ou l'autre des frères LaGrand, ni aucune idée de l'endroit où ces rapports étaient classés. Il semble que les rapports en question ne figurent même pas dans le dossier conservé au greffe de la cour supérieure.»

Monsieur le président, si l'autorité compétente des Etats-Unis elle-même n'a pas réussi à retrouver ces rapports, est-il raisonnable d'affirmer, comme le fait le contre-mémoire, que l'on a «du mal à comprendre comment les fonctionnaires consulaires allemands ne connaissaient pas déjà ces rapports»? Peut-on vraiment accuser un

when it failed to get hold of documents which could not even be traced by the competent local authorities?"¹⁰

14. The answer to the question counsel for Germany asked in the last sentence of the preceding paragraph is a resounding "yes". As we have seen, the presentence reports were in the possession of the LaGrands' attorneys and transmitted by them to the United States District Court in 1993. Moreover, even assuming that these reports were confidential or under seal after the conviction in 1984 of the LaGrands, they became a matter of public record when provided to the United States District Court. Since the reports were thus available to Germany by 1993, it is quite irrelevant that the Public Defender, quoted above by Germany, was unable allegedly to find them in the year 2000.

15. It is noteworthy, too, that between 1992, when Germany learned of the detention, trial and sentencing of the LaGrands, and the beginning of 1999, when Germany claimed that it found out for the first time that the Arizona authorities had known since the early 1980s that the LaGrands were German citizens, Germany never asked the United States Department of State to investigate the case of the LaGrands. Moreover, in 1998 the Department of State expressly invited all embassies in Washington "to bring possible failures of consular notification to its attention, so that it could investigate and take any appropriate action"¹¹. Such an investigation, had it been requested by Germany consistent with the practice routinely followed in these types of cases, would have determined the date as of which the LaGrands' German nationality was known to the Arizona authorities. This information was in fact contained in the report prepared by the State Department following its own investigation of the case in 1999-2000¹².

16. Germany's lack of diligence in ascertaining the facts it advanced to justify its late filing deprived the United States of an opportunity to be heard on Germany's request for provisional measures. What is more, it left the Court little choice but to accept on face value Germany's claim of its lack of knowledge, since the absence of a hearing prevented the United States from rebutting Germany's contention in this regard. Germany's conduct raises issues analogous to those the Court addressed in the case concerning *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*,

¹⁰ CR 2000/26, p. 38.

¹¹ Counter-Memorial of the United States, p. 51, para. 61.

¹² "Karl and Walter LaGrand. Report of Investigation into Consular Notification Issues", United States Department of State, 17 February 2000, Counter-Memorial of the United States, Exhibit 1, pp. 7-8.

consulat étranger de négligence parce qu'il n'a pas réussi à se procurer des documents que les autorités locales compétentes elles-mêmes n'ont pas pu retrouver?»¹⁰

14. A la question posée par le conseil de l'Allemagne dans la dernière phrase du paragraphe ci-dessus, il faut répondre par un «oui» clair et net. Comme nous l'avons vu, les avocats des LaGrand avaient les rapports présenticiels en leur possession et ils les ont produits devant le tribunal fédéral de première instance en 1993. En outre, à supposer même que ces rapports fussent confidentiels ou placés sous scellés après la condamnation des LaGrand en 1984, ils sont tombés dans le domaine public dès leur production devant le tribunal fédéral de première instance. Puisque l'Allemagne pouvait ainsi obtenir les rapports dès 1993, il n'est guère pertinent que le *Public Defender*, cité précédemment par l'Allemagne, n'ait pas été en mesure, comme il le dit, semble-t-il, de les trouver en 2000.

15. Il convient également de noter qu'entre 1992, date à laquelle l'Allemagne a été informée de la détention, du procès et de la condamnation des LaGrand, et le début de 1999, date à laquelle elle a affirmé s'être rendu compte pour la première fois que les autorités de l'Arizona savaient depuis le début des années quatre-vingt que les LaGrand étaient de nationalité allemande, l'Allemagne n'a jamais demandé au département d'Etat des Etats-Unis d'enquêter sur le cas des LaGrand. En outre, en 1998, le département d'Etat a expressément invité toutes les ambassades sises à Washington à «porter à son attention tout manquement éventuel à l'obligation de notification consulaire afin de pouvoir procéder à une enquête et prendre les mesures voulues le cas échéant»¹¹. Une enquête de ce type, si l'Allemagne l'avait demandée conformément à la pratique bien établie dans ce genre d'affaires, aurait permis de déterminer à quelle date les autorités de l'Arizona avaient eu connaissance de la nationalité des LaGrand. De fait, cet élément d'information se trouve dans le rapport établi par le département d'Etat à l'issue de l'enquête qu'il a lui-même menée sur l'affaire en 1999-2000¹².

16. Le manque de vigilance dont l'Allemagne fait preuve pour vérifier les faits qu'elle a invoqués afin de justifier le dépôt tardif de sa demande en indication de mesures conservatoires a privé les Etats-Unis de la possibilité de faire valoir leurs moyens sur cette demande. Qui plus est, la Cour n'avait dès lors plus guère d'autre choix que d'accepter tel quel l'argument de l'ignorance plaidé par l'Allemagne puisque, faute de pouvoir le présenter, les Etats-Unis n'ont pas eu la faculté de réfuter la thèse de l'Allemagne sur ce point. La conduite de l'Allemagne soulève ici des

¹⁰ CR 2000/26, p. 38.

¹¹ Contre-mémoire des Etats-Unis, p. 51, par. 61.

¹² Karl et Walter LaGrand: rapport d'enquête sur les questions de notification consulaire, département d'Etat des Etats-Unis, 17 février 2000, contre-mémoire des Etats-Unis, annexe 1, p. 7-8.

where Yugoslavia attempted to invoke a new basis of jurisdiction at a very late stage of the proceedings. In that case, the Court ruled as follows:

“Whereas the invocation by a party of a new basis of jurisdiction in the second round of oral argument on a request for the indication of provisional measures has never before occurred in the Court’s practice; whereas such action at this late stage, when it is not accepted by the other party, seriously jeopardizes the principle of procedural fairness and the sound administration of justice; and whereas in consequence the Court cannot, for the purpose of deciding whether it may or may not indicate provisional measures in the present case, take into consideration the new title of jurisdiction which Yugoslavia sought to invoke on 12 May 1999.”¹³

17. Germany’s justification for its late filing, which the information now before the Court has shown to have been based on spurious claims, had the effect of obtaining a ruling from the Court that “seriously jeopardize[d] the principle of procedural fairness and the sound administration of justice”. This result, as we have seen, was brought about because of Germany’s lack of diligence. It alone justifies holding the submission inadmissible on the grounds invoked by the Court in *Yugoslavia v. Belgium*, above.

18. In addressing the issue of the admissibility of Germany’s third submission, the Court makes the following finding (para. 57):

“The Court recognizes that Germany may be criticized for the manner in which these proceedings were filed and for their timing. The Court recalls, however, that notwithstanding its awareness of the consequences of Germany’s filing at such a late date, it nevertheless considered it appropriate to enter the Order of 3 March 1999, given that an irreparable prejudice appeared to be imminent. In view of these considerations, the Court considers that Germany is now entitled to challenge the alleged failure of the United States to comply with the Order. Accordingly, the Court finds that Germany’s third submission is admissible.”

19. I have no disagreement with the Court’s view that given the imminence of “an irreparable harm” in the instant case it was “appropriate” to enter the Order of 3 March 1999 on the facts then known to the Court. But it does not follow therefrom, contrary to what the Court says, that “in view of these considerations, the Court considers that Germany is

¹³ *Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 139, para. 44.

questions analogues à celles que la Cour a traitées en l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, où la Yougoslavie a tenté d'invoquer une nouvelle base de compétence à un stade très avancé de l'instance. Dans cette affaire-là, la Cour a dit ceci :

« Considérant que l'invocation par une partie d'une nouvelle base de juridiction au stade du second tour de plaidoiries sur une demande en indication de mesures conservatoires est sans précédent dans la pratique de la Cour; qu'une démarche aussi tardive, lorsqu'elle n'est pas acceptée par l'autre partie, met gravement en péril le principe du contradictoire et la bonne administration de la justice; et que, par suite, la Cour ne saurait, aux fins de décider si elle peut ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce, prendre en considération le nouveau chef de compétence dont la Yougoslavie a entendu se prévaloir le 12 mai 1999. »¹³

17. La justification que donne l'Allemagne du dépôt tardif de sa demande, et qui, comme il ressort des éléments dont la Cour dispose aujourd'hui, s'appuie sur de fausses allégations, a conduit la Cour à rendre une décision « [mettant] gravement en péril le principe du contradictoire et la bonne administration de la justice ». Ce résultat, comme nous l'avons vu, découle du manque de vigilance de l'Allemagne, lequel autorise à lui seul à tenir la conclusion formulée pour irrecevable à raison des motifs exposés par la Cour en l'affaire *Yougoslavie c. Belgique* que je viens de citer.

18. En examinant la question de la recevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne, la Cour est parvenue à la conclusion suivante (par. 57):

« La Cour reconnaît que l'Allemagne peut être critiquée pour la manière dont l'instance a été introduite et pour le moment choisi pour l'introduire. La Cour rappelle toutefois que, tout en étant consciente des conséquences de l'introduction de l'instance par l'Allemagne à une date si avancée, elle n'en a pas moins estimé approprié de rendre son ordonnance du 3 mars 1999, un préjudice irréparable semblant imminent. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Allemagne est en droit de se plaindre aujourd'hui de la non-application, alléguée par elle, de ladite ordonnance par les Etats-Unis. En conséquence, la Cour conclut que la troisième conclusion de l'Allemagne est recevable. »

19. Je n'ai rien à redire quand la Cour estime que, vu l'imminence du « préjudice irréparable » en l'espèce, il était « approprié » de rendre l'ordonnance du 3 mars 1999 sur la base des éléments de fait dont elle avait connaissance à ce moment-là. Mais il ne n'ensuit pas, contrairement à ce que dit la Cour, que, « [d]ans ces conditions ... l'Allemagne est en droit de

¹³ *Mesures conservatoires, ordonnances du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 139, par. 44.

now entitled to challenge the alleged failure of the United States to comply with the Order". The fact that it was appropriate for the Court to issue the Order does not compel the admissibility of Germany's third submission once it is apparent that Germany's justification for its late filing is shown not to withstand scrutiny. It is to be regretted that the Court fails to address this issue since it bears directly on the admissibility of Germany's third submission.

20. Germany's negligence had other detrimental consequences for the United States, as far as concerns the Order of 3 March 1999. In its request for provisional measures, Germany asked the Court for an Order that tracked verbatim the language of the Court's Order of 9 April 1998 in the *Breard* case¹⁴. When the *Breard* Order was before the United States Supreme Court, the Solicitor General of the United States explained why the Government believed that the Order was not binding. He made three points in this regard. He submitted, first, that "there is substantial disagreement among jurists as to whether an ICJ order indicating provisional measures is binding. See *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, Sec. 903, Reporter's Note 6, at pp. 369-370 (1986). The better reasoned position is that such an order is not binding"¹⁵ The Solicitor General then attempted to show, by analysing Article 41 of the Statute of the Court, why that was the better reasoned view. The Solicitor General's second argument in support of the non-binding character of the Court's Article 41 orders was that:

"the ICJ itself has never concluded that provisional measures are binding on the parties to a dispute. That court has indicated provisional measures in seven other cases of which we are aware; in most of those cases, the order indicating provisional measures was not regarded as binding by the respondent."¹⁶

Finally, the Solicitor General argued that, even assuming that "parties to a case before the ICJ are required to heed an order of that court indicating provisional measures", the Order in the *Breard* case was not worded in mandatory terms¹⁷. Consistent with the view of the Solicitor General, the Supreme Court of the United States denied the stay of execution in

¹⁴ *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 9 April 1998, *I.C.J. Reports 1998*, p. 258, para. 41 (I).

¹⁵ Brief for the United States as Amicus Curiae, *Republic of Paraguay v. Gilmore*, Memorial of Germany, Vol. II, Ann. 34, p. 737.

¹⁶ *Ibid.*, p. 738.

¹⁷ *Ibid.*, p. 739.

se plaindre aujourd'hui de la non-application, alléguée par elle, de ladite ordonnance par les Etats-Unis». Que la Cour ait estimé approprié de rendre l'ordonnance n'emporte pas nécessairement la recevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne dès lors que les raisons invoquées par l'Allemagne pour justifier son dépôt tardif ne résistent manifestement pas à l'analyse. Il est regrettable que la Cour ait omis d'aborder cette question car elle a une incidence directe sur la recevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne.

20. La négligence de l'Allemagne a eu d'autres conséquences préjudiciables aux Etats-Unis, s'agissant de l'ordonnance du 3 mars 1999. Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, l'Allemagne a prié la Cour de rendre une ordonnance dont le libellé suit mot pour mot celui de l'ordonnance rendue le 9 avril 1998 dans l'affaire *Breard*¹⁴. Lorsque la Cour suprême des Etats-Unis a examiné l'ordonnance *Breard*, le *Solicitor General* des Etats-Unis a expliqué pour quelles raisons, aux yeux du gouvernement, cette ordonnance n'avait pas force obligatoire. Il a évoqué trois points à cet égard. Il a d'abord rappelé que «les juristes [étaient] profondément divisés sur cette question (voir *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, par. 903, note 6, p. 369 et 370 (1986))» et que «[l]a thèse la plus solide [était] qu'une telle ordonnance n'a pas un caractère obligatoire»¹⁵. Le *Solicitor General* a ensuite cherché à démontrer, par une analyse de l'article 41 du Statut de la Cour, pourquoi il s'agissait de la thèse la plus solide. Le deuxième argument avancé par le *Solicitor General* pour démontrer le caractère non obligatoire des ordonnances visées à l'article 41 du Statut de la Cour était le suivant :

«la C.I.J. elle-même n'a jamais conclu que des mesures conservatoires s'imposent aux parties à un différend. La C.I.J. a indiqué des mesures conservatoires dans sept autres affaires dont nous avons connaissance. Dans la plupart de celles-ci, le défendeur n'a pas considéré comme obligatoire l'ordonnance en indication de mesures conservatoires.»¹⁶

Enfin, le *Solicitor General* a fait valoir que, «même si les parties à une affaire dont est saisie la C.I.J. [étaient] tenues d'obtempérer à une ordonnance en indication de mesures conservatoires»¹⁷, l'ordonnance en l'affaire *Breard* n'était pas libellée en des termes impératifs. La Cour suprême des Etats-Unis a suivi l'avis du *Solicitor General* en refusant le

¹⁴ *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 258, par. 41 (I).

¹⁵ Mémoire soumis par les Etats-Unis à titre d'*amicus curiae*, *Republic of Paraguay v. Gilmore*, mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 34, p. 737.

¹⁶ *Ibid.*, p. 738.

¹⁷ *Ibid.*, p. 739.

the *Breard* case called for by the Order of the International Court of Justice in that case¹⁸.

21. Germany was aware of the position of the United States Government regarding the non-binding character of orders of this Court indicating provisional measures in general and with its interpretation of the Order in the *Breard* case in particular. Nevertheless, Germany asked the Court less than a year later for an Order worded in precisely the same language, instead of seeking an order that provided the authorities of the United States with some legal basis for reassessing their position on the binding nature of these orders. This failure by Germany would have been less serious an omission had there been a hearing in the instant case in which the United States could have explained its position to the Court. But because of Germany's late filing, as we have seen, no hearing could be held.

22. It is difficult to understand, therefore, what Germany sought to achieve with its 2 March 1999 request for provisional measures. It certainly could not have been surprised that the United States would adopt the same position with regard to the requested order as it did in relation to the *Breard* Order of 9 April 1998. There was nothing in the order Germany requested on 2 March 1999 that would have provided the authorities of the United States with a legal basis justifying the Solicitor General to reverse his official position adopted less than a year earlier. In the absence of such a justification, it would have been unprecedented for him not to adhere to his earlier view. Moreover, and that is even more important, the Court itself had not in the meantime clarified its position on the subject. Consequently, when Germany asked the Court to proceed *proprio motu* and without a hearing, and sought an order identical to that the Court issued in the *Breard* case, Germany breached an obligation of elementary fairness it owed the United States in the circumstances of this case. It is true, of course, that a party in proceedings before this Court, as before any other court, must bear the consequences of having assumed, erroneously in retrospect, that a given order is non-binding and being held responsible for the resulting violation. But this fact does not relieve Germany of responsibility for having engaged in a litigation strategy prejudicial to the United States.

23. To summarize, the claim advanced by Germany to justify its late filing has been shown to be without merit. In fact, it is now clear that Germany had no good reason for not bringing its request for provisional measures to the Court at least a year or two earlier, if not much earlier. Its late filing did nevertheless have the consequence of preventing the

¹⁸ *Breard v. Greene, Republic of Paraguay v. Gilmore*, 118 S. Ct. 1352 (1998), 37 *International Legal Materials* (1998), p. 829.

sursis à l'exécution qui s'imposait aux termes de l'ordonnance rendue par la Cour internationale de Justice en cette affaire¹⁸.

21. L'Allemagne savait que la position du gouvernement des Etats-Unis était, de manière générale, que les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour n'ont pas force obligatoire et elle savait, en particulier, comment ils interprétaient l'ordonnance *Breard*. Or, moins d'un an plus tard, l'Allemagne a prié la Cour de rendre une ordonnance libellée précisément dans les mêmes termes au lieu de solliciter une ordonnance qui aurait fourni aux autorités des Etats-Unis des raisons juridiques de réexaminer leur position sur le caractère obligatoire de ces ordonnances. Cette omission de l'Allemagne aurait été moins grave s'il y avait eu en l'espèce une audience au cours de laquelle les Etats-Unis auraient pu faire valoir leur position devant la Cour. Mais, comme nous l'avons vu, il a été impossible de tenir des audiences parce que l'Allemagne a déposé sa demande trop tardivement.

22. On comprend donc mal ce que l'Allemagne cherchait à obtenir par sa demande en indication de mesures conservatoires du 2 mars 1999. Elle ne pouvait certainement pas s'étonner de voir les Etats-Unis adopter à l'égard de l'ordonnance demandée la même position que celle qu'ils avaient prise à l'égard de l'ordonnance *Breard* du 9 avril 1998. L'ordonnance demandée par l'Allemagne le 2 mars 1999 n'aurait fourni aux autorités des Etats-Unis aucun fondement juridique autorisant le *Solicitor General* à revenir sur la position officielle que celui-ci avait adoptée moins d'un an auparavant. Que le *Solicitor General* revienne sur sa position antérieure en l'absence d'une telle justification aurait été sans précédent. En outre, et c'est encore plus important, la Cour elle-même n'avait pas entre-temps clarifié sa position sur ce point. Aussi l'Allemagne a-t-elle manqué au devoir élémentaire d'équité dont elle était tenue vis-à-vis des Etats-Unis, vu les circonstances de l'espèce, lorsqu'elle a prié la Cour d'agir d'office, sans tenir d'audiences, et de rendre une ordonnance identique à celle qui avait été rendue en l'affaire *Breard*. Il est vrai, certes, qu'une partie à une instance devant cette Cour, comme devant toute juridiction, doit supporter les conséquences d'avoir présumé à tort, comme on le voit rétrospectivement, qu'une certaine ordonnance n'a pas force obligatoire et d'être tenue pour responsable de la violation qui en résulte. Mais cela n'exonère pas l'Allemagne de la responsabilité qu'elle encourt pour avoir adopté une stratégie contentieuse préjudiciable aux Etats-Unis.

23. Je résume: il a été établi que les motifs invoqués par l'Allemagne pour justifier le dépôt tardif de ses demandes n'étaient pas fondés. De fait, on voit bien aujourd'hui que l'Allemagne n'avait aucune raison valable de ne pas saisir la Cour de sa demande en indication de mesures conservatoires au moins un an ou deux auparavant, voire bien plus tôt.

¹⁸ *Breard v. Greene, Republic of Paraguay v. Gilmore*, S. Ct., vol. 118, p. 1352 (1998), *International Legal Materials* (1998), vol. 37, p. 829.

United States from being heard in a timely fashion on the German request for provisional measures. The absence of a hearing also deprived the United States of the opportunity to address the question of the binding character of the Court's orders and their effect on the laws of the United States. What is more, Germany sought an order from this Court that it had every reason to anticipate the United States would consider to be non-binding and hence not requiring enforcement — a litigation strategy that is very difficult to understand unless that was its very purpose.

24. Accordingly, I consider that the manner in which Germany proceeded in obtaining the Court's Order of 3 March 1999 amounted to procedural misconduct prejudicial to the interests of the United States as a party to the instant proceedings. Such misconduct provides the requisite justification — it compels it, in my opinion — for declaring Germany's third submission inadmissible.

(Signed) Thomas BUERGENTHAL.

Toujours est-il que ce dépôt tardif a eu pour conséquence d'empêcher les Etats-Unis de faire valoir en temps opportun leurs moyens sur cette demande en indication de mesures conservatoires de l'Allemagne. L'absence d'audience a également privé les Etats-Unis de la possibilité d'examiner la question du caractère obligatoire des ordonnances de la Cour et de leur effet sur les normes juridiques des Etats-Unis. Qui plus est, l'Allemagne a prié la Cour de rendre une ordonnance dont elle avait tout lieu de penser que les Etats-Unis la considéreraient comme non obligatoire, et donc comme non exécutoire; c'était peut-être là le but recherché, sinon cette stratégie contentieuse s'explique fort mal.

24. En conséquence, j'estime que la démarche suivie par l'Allemagne pour faire adopter l'ordonnance du 3 mars 1999 équivaut à une faute procédurale préjudiciable aux intérêts des Etats-Unis en tant que partie à la présente instance. Une telle faute constitue un motif suffisant — impérieux, à mon avis — pour déclarer irrecevable la troisième conclusion de l'Allemagne.

(Signé) Thomas BUERGENTHAL.